

Landgericht Dortmund, 25 O 209/12

Datum: 21.11.2012
Gericht: Landgericht Dortmund
Spruchkörper: 25. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 O 209/12

Tenor: Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr handelnd Patienten im Zusammenhang mit einer von ihm durchgeführten Untersuchung und / oder einer Verordnung von Hörgeräten und ohne von dem jeweiligen Patienten konkret darum gebeten worden zu sein, die Versorgung über einen bestimmten Hörgeräteakustiker, insbesondere über die N, L-straße ##-###, ##### F, als Dienstleister zur Versorgung mit Hörgeräten nahezu legen oder zu empfehlen, sofern dafür im Einzelfall kein hinreichender Grund vorliegt, insbesondere der Patient ungefragt darauf hingewiesen wird, eine Hörgeräteversorgung könne bei ihm in der Praxis erfolgen und der Patient sodann einen vom Beklagten ausgesuchten Hörgeräteakustiker als Dienstleister für die Versorgung zugewiesen bekommt.

Der Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin 219,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.09.2012 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

<u>Tatbestand:</u>	1
Die Klägerin ist ein eingetragener Verein zur Förderung gewerblicher Interessen, insbesondere zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Zu ihren über 2000 Mitgliedern zählen u.a. die Industrie- und Handelskammern sowie die meisten Handwerkskammern.	2
Der Beklagte ist Facharzt für HNO-Heilkunde. In seiner Praxis, die er gemeinsam mit seiner Kollegin S betreibt, besteht die Möglichkeit für Patienten, unmittelbar über die Fa. N mit einem Hörgerät versorgt zu werden. Hierzu ist eine Mitarbeiterin des vorgenannten Unternehmens, die Zeugin T, regelmäßig vor Ort in den Praxisräumen des Beklagten tätig.	3
Nachdem die Klägerin Beschwerden erreichten, der Beklagte würde entgegen § 3 Abs. 2 der Berufsordnung der Ärzte Westfalen-Lippe im Internet damit werben, selbst Hörgeräte abzugeben, obwohl er Arzt und kein Hörgeräteakustiker sei, ließ sie den Beklagten über ein Unternehmen von einem Testpatienten, dem Zeuge C aufsuchen.	4
Dieser stellte sich erstmals am 07.12.2011 als Privatpatient beim Beklagten vor und klagte über das Gefühl, in letzter Zeit schlechter zu hören. Der Beklagte führte daraufhin eine Untersuchung der Ohren durch und ließ von einer Mitarbeiterin einen Hörtest durchführen, deren Ergebnis er im Anschluss mit dem Zeugen C besprach. Da das eine Ohr des Zeugen zudem eine kleine Entzündung aufwies, behandelte er dies mit einem Salbenstreifen.	5
Im Anschluss wurde mit dem Zeugen ein neuer Termin für den 17.01.2012 vereinbart. An diesem Tag wurde ein weiterer Hörtest, ein sogenannter Sprachtest, von einer Mitarbeiterin des Beklagten durchgeführt. Erneut besprach der Beklagte im Anschluss an die Untersuchung das Testergebnis mit dem Zeugen. Spätestens in diesem zweiten Termin teilte der Beklagte dem Zeugen C mit, dass das rechte Ohr in Ordnung sei, dass aber eine verminderte Hörleistung bei dem linken Ohr bestehe und dieses durch ein Hörgerät versorgt werden könne. Zugleich besprach der Beklagte die Möglichkeiten, die es für eine solche Versorgung gibt.	6
In der Regel erklärt der Beklagten den Patienten nach seinen eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung in einem solchen Fall, dass es sowohl möglich ist, über einen ortsansässigen Hörgeräteakustiker ein solches Hörgerät anpassen zu lassen, dass dies aber auch über den sogenannten verkürzten Versorgungsweg in HNO-Praxen möglich ist. Entsprechend informierte der Beklagte am 17.01.2012 auch den Zeugen C; ob der Beklagte dabei allgemein von HNO-Praxen gesprochen oder auf die Möglichkeit der Versorgung in seiner Arztpraxis hingewiesen hat, ist zwischen den Parteien streitig.	7
Fragen zur Versorgungsmöglichkeit mit einem Hörgerät hatte der Zeuge C dem Beklagten nicht gestellt.	8
Der Zeuge verließ die Praxis an diesem Tag ohne eine Hörgeräteverordnung.	9
Am folgenden Tag vereinbarte er einen Termin zur Hörgeräteberatung und -anpassung in der Praxis des Beklagten. Dieser fand am 24.01.2012 statt.	10
An diesem Tag wurde er von der Zeugin T, einer gelernten Arzthelferin, empfangen, die sich dem Zeugen mit ihrem Namen vorstellte. An diesem Tag wurde die ohrenärztliche	11

Verordnung für ein Hörgerät ausgestellt und dem Zeugen wurde eine „Wichtige Patienten-Information zur Wahlfreiheit des Leistungserbringers“ ausgehändigt, welche er noch am 24.01.2012 in der Praxis unterzeichnete. Wegen der Einzelheiten der beiden Schriftstücke wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (vgl. Anl. K 2 und K 3 bzw. hinter Anl. K 5 im Anlagenband).

In einem der Praxisräume stellte die Zeugin T dem Zeugen C sodann zwei verschiedene Hörgeräte vor. Zu dem preisgünstigeren Einsteigermodell erklärte sie, dass dieses für den Zeugen ungeeignet sei und empfahl ihm ein Phonak S Smart III zum Preis von 1.298,00 €. Dieses war nicht vorrätig, sondern hätte von der Zeugin erst bestellt werden müssen, wenn sich der Testpatient für dieses entschieden hätte. Für weitere Informationen über das Hörgerät verwies Frau T den Zeugen C auf das Internet. 12

In einem weiteren Termin vom 07.02.2012 wurde das für den Zeugen C bestellte Hörgerät angepasst. Kontakt zum Beklagten hatte er weder an diesem Tag noch am 24.01.2012. 13

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe den Zeugen C nicht nur allgemein auf den verkürzten Versorgungsweg hingewiesen, sondern auch ausdrücklich erklärt, dass er diesen in seiner Praxis anbiete. 14

Der klagende Verein beantragt mit der am 26.09.2012 zugestellten Klage, 15

1. 16

den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, 17

zu unterlassen, 18

im geschäftlichen Verkehr handelnd Patienten im Zusammenhang mit einer von ihm durchgeführten Untersuchung und / oder einer Verordnung von Hörgeräten und ohne von dem jeweiligen Patienten konkret darum gebeten worden zu sein, die Versorgung über einen bestimmten Hörgeräteakustiker, insbesondere über die N, L-straße ##-###, ##### F, als Dienstleister zur Versorgung mit Hörgeräten naheulegen oder zu empfehlen, sofern dafür im Einzelfall kein hinreichender Grund vorliegt, insbesondere der Patient ungefragt darauf hingewiesen wird, eine Hörgeräteversorgung könne bei ihm in der Praxis erfolgen und der Patient sodann einen vom Beklagten ausgesuchten Hörgeräteakustiker als Dienstleister für die Versorgung zugewiesen bekommt; 19

2. 20

den Beklagten ferner zu verurteilen, an die Klägerin 219,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 21

Der Beklagte beantragt, 22

die Klage abzuweisen. 23

Wegen der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Parteivorbringens wird Bezug genommen auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Erklärungen in der mündlichen Verhandlung. 24

Das Gericht hat über die Frage, welchen Inhalt die zwischen dem Beklagten und dem Zeu- 25

gen C Ende 2011 / Anfang 2012 geführten Gespräche hatten, Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen C. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21. November 2012, Bl. 175 ff. d.A.

<u>Entscheidungsgründe:</u>	26
Die zulässige Klage hat in der Sache Erfolg.	27
Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht dem klagenden Verein aus § 2 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG bzw. §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 UWG in Verbindung mit § 3 Abs. 2 BOÄ Westfalen-Lippe in Verbindung mit § 34 Abs. 5 BOÄ Westfalen-Lippe vom 24.03.2007 bzw. mit dem im Wesentlichen inhaltsgleichen § 31 Abs. 2 BOÄ Westfalen-Lippe in der heute geltenden Fassung vom 26.11.2011 zu.	28
Der Beklagte hat eine unzulässige Handlung im Sinne des § 8 UWG vorgenommen, da er den Zeugen C entgegen § 34 Abs. 5 BOÄ Westfalen-Lippe a.F. bzw. § 31 Abs. 2 BOÄ Westfalen-Lippe n.F. an die Fa. N verwiesen hat. Gemäß den genannten Vorschriften der Berufsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe ist es Ärzten und Ärztinnen nicht gestattet, ihre Patienten und Patientinnen ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen.	29
Hier hat der Beklagte den Zeugen C an einen bestimmten Anbieter von gesundheitlichen Leistungen verwiesen.	30
Zur Überzeugung des Gerichts steht fest, dass der Beklagte den Zeugen C im Rahmen der Versorgung als Patient, die am 07.12.2011 sowie am 17.01.2012 stattfand, ungefragt auf die Möglichkeit des sogenannten verkürzten Versorgungswegs in seiner Praxis als Alternative zu einer Versorgung durch einen Hörgeräteakustiker hingewiesen hat, ohne dass für diesen Hinweis ein sachlicher Grund bestanden hat; insbesondere hatte der Patient nicht um eine entsprechende Information gebeten.	31
Aufgrund der Aussage des Zeugen C ist das Gericht davon überzeugt, dass der Beklagte nicht nur - wie er ausgeführt hat - allgemein auf den verkürzten Versorgungsweg hingewiesen hat, sondern dass er ausdrücklich erklärt hat, die Versorgung könne in seiner Praxis und damit durch Frau T als Mitarbeiterin der Fa. N erfolgen.	32
Die Aussage des Zeugen war glaubhaft. Er hat den Verlauf der Behandlung anschaulich und nachvollziehbar und insbesondere sachlich geschildert und tatsächliche Beobachtungen von seinen eigenen Bewertungen abgegrenzt. Die Schilderung war auch detailreich und zwar entgegen der Ansicht des Beklagtenvertreters auch in dem entscheidenden Punkt der Aussage, nämlich in der Frage, ob der Beklagte auch auf die Versorgungsmöglichkeit in seiner eigenen Praxis hingewiesen hat. Hierzu hat er erklärt, dass diese Information nur sehr kurz war und sich auf die Darstellung beschränkt hat, dass es zwei verschiedene Versorgungswege gibt und dass der Beklagte Einzelheiten zu diesen Versorgungswegen nicht erklärt hat. Wenn aber der Beklagte diese Information kurz hält und nichts Weiteres hierzu erklärt, dann ist einem Zeugen die Schilderung weiterer Details entsprechend nicht möglich. Schließlich hat auch der Beklagte selbst in seiner eigenen Anhörung gemäß § 141 ZPO lediglich erklärt, dass er auf die beiden verschiedenen Versorgungswege hinweist. Dass er dabei weitere Details erwähnt, hat er selbst nicht vorgetragen.	33
Der Zeuge C war zudem auch glaubwürdig. Er hat seine Aussage ohne jede Belastungstendenz gemacht und sich an keiner Stelle negativ über den Beklagten geäußert. Im	34

Gegenteil hat er den Beklagten sogar ausdrücklich gelobt und betont, dass dieser ihn gründlicher behandelt habe als andere HNO-Ärzte, die er zuvor aufgesucht hatte und dass er sich fachlich bei dem Beklagten sehr gut aufgehoben gefühlt habe.

Gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen spricht insbesondere auch nicht, dass dieser als Testpatient für den Besuch bei dem Beklagten engagiert wurde. Allein durch die Eigenschaft als Testpatient wird ein Zeuge nicht per se unglaubwürdig. Entgegen der Ansicht der Beklagten wird er für seine Aussage auch nicht in dem Sinne bezahlt, dass er eine Aussage in eine bestimmte Richtung zu machen hat. Die Bezahlung des Zeugen ist - auch dies wurde glaubhaft bekundet - in der Höhe unabhängig von dem Ergebnis des Testbesuchs. Ein eigenes Interesse an einem bestimmten Ausgang des Tests hat der Zeuge damit nicht. Wenn überhaupt könnte man einem Testpatienten zudem ohnehin eher unterstellen, dass er daran interessiert sein könnte, dass der Test zu keinem für den aufgesuchten Arzt negativen Ergebnis führt und er dieses als Zeuge bekunden muss, da er so weiter unerkannt bleibt und weitere Aufträge als Testpatient annehmen kann. Sobald ein Zeuge einmal als Testpatient bekannt ist dürfte sich diese Verdienstmöglichkeit dagegen erledigt haben. Dass aber hier der Zeuge C sich wegen der Aussicht auf die eventuellen Konsequenzen seiner Aussage sich in irgendeiner Form hat beeinflussen lassen, dafür sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich. 35

Diese Information des Beklagten an den Zeugen C über den in seiner Praxis möglichen verkürzten Versorgungsweg erfüllt den Tatbestand des „Verweisens“ an einen Anbieter von gesundheitlichen Leistungen im Sinne der zitierten Normen der BOÄ Westfalen-Lippe. So ist laut dem Bundesgerichtshof „unter einer Verweisung im Sinne der Vorschrift nicht nur den Patienten bindende Überweisungen zu verstehen, sondern nach Wortlaut und Überschrift der Norm erfasst die Norm grundsätzlich auch Empfehlungen, da nach dem Zweck der Regelung die unbeeinflusste Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf Apotheken, Geschäfte und Anbieter gesundheitlicher Leistungen gewährleistet werden soll und diese Wahlfreiheit schon dann beeinträchtigt ist, wenn der Arzt dem Patienten von sich aus einen bestimmten Erbringer gesundheitlicher Leistungen nahelegt oder auch nur empfiehlt. Ausgenommen hiervon sind lediglich Empfehlungen, um die der Patient bittet. Vom Begriff der Verweisung in § 34 BOÄ sind daher alle Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer erfasst, die der Arzt seinen Patienten von sich aus erteilt.“ (vgl. BGH in WRP 2011, 451 (Hörgeräteversorgung II)) 36

Die Verweisung des Zeugen C an die N erfolgte auch ohne hinreichenden Grund. 37

Ein solcher Grund ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Insbesondere hat der Zeuge C nicht nach einer Empfehlung gefragt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Versorgung auf dem verkürzten Versorgungsweg gerade für den Patienten C und damit gerade in diesem Einzelfall der qualitativ bessere Weg gewesen wäre. 38

Zwar mag es allgemein von Vorteil sein, wenn der HNO-Arzt nahe bei ist und während der Versorgungs- und Anpassungsphase auf ihn zurückgegriffen werden kann, doch genügt diese allgemeine Möglichkeit nicht. Der Annahme einer qualitativ besseren Versorgung steht hier insbesondere entgegen, dass der Beklagte keine wirkliche Auswahl zwischen den auf dem Markt vorhandenen Hörgeräten hatte, da ihm unstreitig nur zwei Geräte benannt wurden und hiervon nur eines empfohlen wurde während das andere als für den Beklagte ungeeignet bezeichnet wurde. Des Weiteren steht der Annahme einer qualitativ besseren Versorgung entgegen, dass die Beratung und Versorgung nicht durch einen ausgebildeten Hörgeräteakustiker erfolgt ist, sondern durch eine gelernte Sprechstundenhilfe. Mag die Erfahrung der Frau T auch langjährig sein, so ändert dies nichts daran, dass sie keine spezielle Ausbildung zum Hörgeräteakustiker gemacht hat. 39

Nur ergänzend und ohne dass das Urteil darauf gestützt wird, sei angemerkt, dass auch die vom Beklagten selbst geschilderte Vorgehensweise, er informiere die Patienten allgemein über die zwei Möglichkeiten, zum einen eine Versorgung durch einen Hörgeräteakustiker und zum anderen eine Versorgung auf dem verkürzten Versorgungsweg ein Verweisen im Sinne des § 34 BOÄ a.F. bzw. § 31 BOÄ neuer Fassung darstellen dürfte, und zwar jedenfalls dann, wenn der Arzt, der diese Information ausspricht, wie hier der Beklagte, in seiner Praxis selbst den verkürzten Versorgungsweg anbietet. In einem solchen Fall provoziert der Arzt mit der Information über den verkürzten Versorgungsweg geradezu die Frage des Patienten danach, ob dies auch in der Praxis des gerade ihn behandelnden Arztes möglich ist, so dass diese Information im Ergebnis darauf ausgerichtet sein dürfte, den Patienten letztlich doch auf den verkürzten Versorgungsweg in der eigenen Praxis hinzuweisen. Eine solche durch die Information provozierte Nachfrage des Patienten aber stellt noch keinen hinreichenden Grund i.S.d. § 34 BOÄ a.F. bzw. § 31 BOÄ n.F. dar.	40
Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr folgt bereits daraus, dass es bereits zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen ist. Hieraus resultiert eine tatsächliche Vermutung dafür, dass ein solcher erneut zu befürchten ist.	41
Die Unterlassungsklage der Klägerin ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Einsatzes des Zeugen als Testpatienten als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Insoweit erlaubt sich die Kammer Bezug zu nehmen auf die Ausführungen des Landgerichts Karlsruhe im Urteil vom 08.07.2011 zu Az. 14 O 108/10 KfH III (Anl. K 13), dort S. 14f., denen sich die Kammer nach eigener Prüfung anschließt.	42
Der zuerkannte Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten in Höhe von 219,35 € steht dem klagenden Verein aus §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 S. 2 UWG zu.	43
Der Anspruch auf die zuerkannten Rechtshängigkeitszinsen folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB.	44
Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91, 709 ZPO.	45
